

# Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport

## Anmerkung zu einem Entscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

**Astrid Epiney, Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport. Anmerkung zu einem Entscheid des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008, AJP 2008, S. 1233-1239. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

Prof. Dr. ASTRID EPINEY, Universität Fribourg

### Inhaltsübersicht

#### I. Einleitung

Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits<sup>1</sup> ist in verschiedenen Bereichen von sehr grosser praktischer Bedeutung, wie auch die Rechtsprechungspraxis zeigt, sind doch bereits einige, auch höchstrichterliche Urteile zum Abkommen ergangen.<sup>2</sup> Einem Urteil des Gerichtskreises Bern-Laupen vom Juni 2008<sup>3</sup> sind nunmehr wegweisende Aussagen zu einem Thema zu entnehmen, das bislang in der Rechtsprechung allenfalls (teilweise) am Rande relevant wurde, nämlich die rechtliche Tragweite des in Art. 2 FZA verankerten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und seiner Bedeutung für den Amateursport. Dies ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil weder der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Heranziehung des Art. 12 EGV (dem Art. 2 FZA nachgebildet ist) noch derjenigen des Bundesgerichts in Bezug auf Art. 2 FZA bislang Aussagen zur Relevanz des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Amateursport zu finden sind; vielmehr bezogen sich die den Sport betreffenden Urteile bislang auf den Berufssport.<sup>4</sup> Zwar handelt es sich bei dem Urteil des Gerichtskreises Bern-Laupen lediglich um einen Entscheid im Eilverfahren (einstweilige Verfügung); dieser fiel jedoch so ausführlich wie sonst Hauptentscheide (insgesamt 31 Seiten) aus, so dass dieser Umstand für die Bedeutung des Urteils nicht sehr ins

<sup>1</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff.; ABl 2002 L 114, 6 ff. Vgl. zum Freizügigkeitsabkommen etwa SEBASTIAN BENESCH, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007; WALTER KÄLIN, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.; EDGAR IMHOF, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff. 217 ff.; HANSPETER MOCK/FABRICE FILLIEZ, Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, SZIER 2006, 237 ff.; KAY HAILBRONNER, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, 48 ff.; ASTRID EPINEY, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: ALBERTO ACHERMANN/ASTRID EPINEY/WALTER KÄLIN/MINH SON NGUYEN (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, Bern 2005, 45 ff.; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: ASTRID EPINEY/FLORENCE RIVIÈRE (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 57 ff.; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

<sup>2</sup> Vgl. die Zusammenstellung einiger wichtiger Urteile bei ASTRID EPINEY, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – eine Übersicht, in: ACHERMANN/EPINEY/KÄLIN/NGUYEN (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht, Bern 2004/2005, 2005, 141 ff.; ASTRID EPINEY/TAMARA CIVITELLA, Zur Schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Jahrbuch für Migrationsrecht, Bern 2007/2008, 1 ff. S. auch CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, Droit européen: Suisse – Union européenne / Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SZIER 2006, 467 ff.; CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, Droit européen: Suisse – Union européenne / Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SZIER 2007, 637 ff.

<sup>3</sup> Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, Gerichtspräsidentin 2, Entscheid in Sachen *CEP Cortaillod / Swiss Athletics* betreffend einstweilige Verfügung, Urt. v. 13.6.2008.

<sup>4</sup> S. aus der Rechtsprechung des EuGH insbesondere EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921; aus der schweizerischen Rechtsprechung Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, Entscheid vom 15.11.2003, *Basel Magic/Unihockey-Verband (SUHV)*, Nr. S-0395/II/03, wo das Urteil *Bosman* letztlich für die Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens (zu Recht) zugrunde gelegt wurde.

Gewicht fallen dürfte, zumal angesichts der Ausführlichkeit des Entscheids nicht zu erwarten ist, dass das Hauptsacheverfahren durchgeführt wird.

Im Folgenden sollen die Problemstellung sowie die wesentlichen Aussagen des Urteils zusammengefasst (II) und einer kurzen Würdigung unterzogen werden (III), in deren Rahmen dann auch noch auf einige sonstige, in dem Urteil nicht behandelte Konstellationen einzugehen ist. Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (IV).

## II. Das Urteil

In dem zu besprechenden Urteil geht es um die Frage, ob das Wettkampfreglement des Schweizerischen Leichtathletikverbandes, das für Amateurwettkämpfe (nur solche standen zur Debatte) eine Höchstzahl von teilnehmenden Ausländern auf zwei Personen pro Klub (womit auch in der Schweiz wohnhafte Unionsbürger von dieser Regelung betroffen sind) vorsieht, mit dem Freizügigkeitsabkommen in Einklang steht. Das Gericht verneint dies, wobei folgende Erwägungen im Vordergrund stehen:

- Im Anschluss an die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>5</sup> wird zunächst die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 2 FZA betont.
- Unter Bezugnahme auf die Zielsetzung des Abkommens, eine parallele Rechtsentwicklung im Gemeinschaftsrecht einerseits und im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens andererseits sicherzustellen, geht das Gericht weiter davon aus, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu berücksichtigen sei, soweit und solange nicht gewichtige, im Abkommen selbst angelegte Gründe dagegen sprechen.<sup>6</sup>
- Art. 2 FZA entfalte Drittwirkung jedenfalls soweit das Verhalten von Verbänden betroffen ist, was im vorliegenden Fall gegeben war, ging es doch um das Wettkampfreglement des Schweizerischen Leichtathletikverbandes.
- Der Anwendungsbereich des Art. 2 FZA sei immer dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann. Liege diese Voraussetzung vor, könne sich die betroffene Person hinsichtlich all jener Tatbestände auf Art. 2 FZA berufen, die in einem engen bzw. untrennbaren Zusammenhang mit der angerufenen Grundfreiheit stehen. Jedenfalls entfalte Art. 2 FZA gerade immer dann seine Wirkung, wenn kein anderes, direkt im Abkommen oder in den Anhängen gewährlestetes Recht zum Zuge kommt. Art. 1 lit. d, Art. 7 lit. a FZA liessen erkennen, dass ein Ziel des Abkommens die Einräumung gleicher Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen von Unionsbürgern und Schweizern sei, wobei ein solches Recht nicht ausdrücklich im Abkommen verankert sei, so dass Art. 2 FZA zum Zuge komme. Diese Bestimmung erstrecke sich auf alle Lebensumstände, die mit dem Aufenthalt verbunden sind, worunter auch sportliche Aktivitäten fielen, seien sie doch für viele Menschen wesentlicher Teil ihrer Freizeitgestaltung und stünden daher in einem engen Zusammenhang mit dem Aufenthalt. Damit stelle die zur Debatte stehende Ausländerklausel im Wettbewerbsreglement des Leichtathletikverbandes einen Eingriff in das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA dar.
- Dieser könne aber grundsätzlich aus sachlichen Gründen, insbesondere solchen, die mit dem besonderen Charakter und Rahmen des Sports zusammenhängen und daher ausschliesslich den Sport als solchen betreffen, gerechtfertigt werden. Das Anliegen, das Wesen einer Landesmeisterschaft – in dem Wettkampfreglement geht es um die Voraussetzungen der Teilnahme an der Schweizerischen Mannschaftsmeisterschaft der Leichtathletikvereine – durch eine Mindestanzahl inländischer Athleten zu erhalten, stelle einen solchen sachlichen Grund dar. Allerdings sei die Massnahme nicht erforderlich, da bei einer Mindestanzahl von 10 Athleten pro Mannschaft der „schweizerische“ Charakter auch dann noch aufrecht erhalten werde, wenn insgesamt vier ausländische Athleten teilnehmen, so dass die im Wettkampfreglement vorgesehene Begrenzung auf lediglich zwei ausländische Athleten zur Verfolgung des angestrebten Zwecks nicht erforderlich sei. Eine Rechtfertigung durch das Anliegen der Nachwuchsförderung scheide mangels Verhältnismässigkeit ebenfalls aus.

<sup>5</sup> BGE 129 II 257, Erw. 3.3; BGE 129 I 392, Erw. 3.2.3.

<sup>6</sup> S. so auch schon EPINEY, ZBJV 2005 (FN 1), 1 (23 ff.).

### III. Würdigung

Wie eingangs bereits bemerkt, dürfte das insgesamt unter ausführlicher Heranziehung der Rechtsprechung des EuGH und der einschlägigen Doktrin gut abgestützte und begründete Urteil des Gerichts in seiner Bedeutung kaum zu überschätzen sein. Allerdings wirft die Argumentation des Gerichts – insbesondere auf der Rechtfertigungsebene – auch Fragen auf. Auf ausgewählte Aspekte und Implikationen des Urteils soll im Folgenden kurz hingewiesen werden.

#### 1. Zur Tragweite des Art. 2 FZA

Das Urteil geht zu Recht davon aus, dass Art. 2 FZA letztlich Art. 12 EGV nachgebildet sei, so dass diese Bestimmung auf der Grundlage des Art. 16 Abs. 2 FZA<sup>7</sup> letztlich parallel wie Art. 12 EGV auszulegen ist.<sup>8</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung war bzw. ist hier nicht immer klar, wenn das Bundesgericht auch (inzwischen) wohl von einer parallelen Auslegung des Art. 2 FZA im Verhältnis zu Art. 12 EGV ausgehen dürfte.<sup>9</sup> Diese grundsätzliche Parallelität der rechtlichen Tragweite von Art. 2 FZA einerseits und Art. 12 EGV andererseits ist insbesondere in zweierlei Hinsicht von Bedeutung.

##### a) Eigenständige rechtliche Tragweite des Art. 2 FZA

Zunächst stellt das Gericht mit seinem Ansatz klar, dass Art. 2 FZA gerade dann heranzuziehen ist, wenn kein spezifisches Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit greift.<sup>10</sup> M.a.W. verbietet diese Bestimmung allgemein Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bei der Anwendung“ des Abkommens gemäss den Anhängen. Diese Auslegung erscheint schon deshalb überzeugend, weil Art. 2 FZA ansonsten neben den spezifischen Diskriminierungsverboten des Abkommens (etwa in Bezug auf den Zugang von Unionsbürgern zum Arbeitsmarkt) keine eigenständige Bedeutung zukäme. Hinzukommt die sich aus Art. 16 Abs. 2 FZA und den Zielsetzungen des Abkommens ergebende grundsätzliche Parallelität der Auslegung abkommensrechtlicher Bestimmungen mit den entsprechenden Regelungen des Gemeinschaftsrechts.<sup>11</sup>

##### b) „Bei der Anwendung“ des Abkommens

Sodann sind damit zwar nicht alle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten, sondern nur solche „bei der Anwendung“ des Abkommens. Allerdings ist bei der Frage nach der Tragweite dieser Eingrenzung – ausgehend von der Parallelität des Art. 2 FZA und des Art. 12 EGV – an die Rechtsprechung des EuGH zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vertrages – der nach Art. 12 EGV eröffnet sein muss – anzuknüpfen. Diese<sup>12</sup> geht davon aus, dass all diejenigen Regelungen in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, die Implikationen für die Ausübung der Grundfreiheiten entfalten, so etwa auch Studiengebühren für Hochschulen, bereiten letztere doch auf die Berufsausübung vor, so dass ein enger Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit gegeben ist. Zudem schliesst der EuGH im Wesentlichen aus dem sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrecht sowie aus den einschlägigen Aufenthaltsrichtlinien, dass letztlich all diejenigen

<sup>7</sup> Wonach die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens bei dessen Auslegung zu berücksichtigen ist, soweit auf Begriffe des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen wird.

<sup>8</sup> Vgl. mit ausführlicher Begründung EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht, Bern 2004/2005 (FN 1), 45 (65 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. BGE 131 V 209 (Zugang zu einer Altersteilrente). S. aber auch GE, 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003; GE, 2P.142/2003, Urt. v. 7.11.2003, wo diese Parallelität nicht konsequent angewandt wurde. Zu dieser Rechtsprechung EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, Bern (FN 2), 141 (152 ff.).

<sup>10</sup> Vgl. insoweit auch GE, 2A.325/2004, Urt. v. 25.8.2005.

<sup>11</sup> Hierzu ausführlich EPINEY/MOSTERS, in: Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (FN 1), 57 ff.

<sup>12</sup> Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (*Gravier*), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (*Cowan*), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (*Data Delecta*), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (*Bickel und Franz*), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (*d'Hoop*), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-147/03 (*Kommission/Österreich*), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-65/03 (*Kommission/Belgien*), Slg. 2004, I-6427; EuGH, verb. Rs. C-92/92, C-326/92 (*Phil Collins*), Slg. 1993, I-5145; EuGH, Rs. C-456/02 (*Trojani*), Slg. 2004, 7573; EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613.

nationalen Regelungen, die die Aufenthaltsbedingungen betreffen bzw. in untrennbarem Zusammenhang mit dem Aufenthalt stehen (wie etwa auch eine Reihe sozialer Leistungen), in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen. M.a.W. ist der Anwendungsbereich des Vertrages immer schon dann eröffnet, wenn sich eine Person in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet, worunter auch die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat fällt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich dann aus Art. 12 EG, während die Berufung auf Art. 18 EGV – der das Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger formuliert – für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages von Bedeutung ist.<sup>13</sup>

Versucht man vor diesem Hintergrund eine Präzisierung der einschlägigen Rechtsprechung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 FZA, so ist zu unterscheiden:

- Soweit die Rechtsprechung darauf abstellt, dass die effektive Verwirklichung der Grundfreiheiten betroffen ist, fällt sie unter Art. 16 Abs. 2 FZA. Denn auch das Personenfreizügigkeitsabkommen verfolgt ja gerade diese Zielsetzungen, und zwar letztlich auf derselben Grundlage wie der EG-Vertrag, so dass – wie bereits erwähnt – eine parallele Rechtslage angestrebt wird.
- In dem Mass allerdings, in dem die Rechtsprechung des EuGH auf die Unionsbürgerschaft zur Umschreibung des Anwendungsbereichs des Art. 12 EGV abstellt, kann sie im Rahmen des Abkommens nicht herangezogen werden, übernimmt dieses doch gerade nicht das Konzept der Unionsbürgerschaft. Vielmehr beschränkt sich das Abkommen auf die Garantie der wirtschaftlichen Grundfreiheiten sowie der Freizügigkeit Nichterwerbstätiger und Familienangehöriger unter genau umschriebenen Voraussetzungen. Dies bedeutet aber auch, dass die EuGH-Rechtsprechung in dem Ausmass einschlägig ist, in dem sie sich auf die im Anhang I garantierten Freiheiten bzw. die entsprechenden im EG-Vertrag gewährleisteten Rechte bezieht. Hieran ändert dann auch der Umstand nichts, dass zusätzlich oder ergänzend auf das Konzept der Unionsbürgerschaft Bezug genommen wird.<sup>14</sup> M.a.W.: Der Anwendungsbereich des Abkommens ist immer schon dann eröffnet, wenn eine Person über ein Aufenthaltsrecht verfügt bzw. sich auf eine im Abkommen gewährleistete Grundfreiheit berufen kann. Damit ist die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen, dass Art. 2 FZA alle Diskriminierungen verbietet, die die Wahrnehmung der im Abkommen (einschliesslich seiner Anhänge) gewährleisteten Rechte behindern bzw. mit diesen im Zusammenhang stehen. Dazu genügt es bereits, dass sich die betreffende Person rechtmässig im Gebiet einer anderen Vertragspartei aufhält und somit von ihrem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Insofern können also auch Regelungen der sozialen Sicherheit<sup>15</sup> oder das Namensrecht betreffende Bestimmungen<sup>16</sup> in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, wobei der Hintergrund nicht in der Wahrnehmung der sich aus der nicht im Abkommen aufgenommenen Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte, sondern in der Inanspruchnahme der sich aus dem Abkommen ergebenden Freizügigkeitsrechte zu sehen ist.

Insgesamt ist damit zu folgern, dass Art. 2 FZA immer bereits dann zum Zuge kommt, wenn die entsprechende Regelung einen Bezug zur Wahrnehmung der durch das Abkommen eingeräumten Personenverkehrsfreiheiten aufweist, sie also m.a.W. insofern im Zusammenhang mit dem Aufenthalt steht, als sie die Grundbedingungen dieses Aufenthalts betrifft bzw. seine (weitere) Wahrnehmung – sei es auch nur indirekt – erleichtern bzw. erschweren kann; ausreichend ist dabei auch ein nur indirekter und potenzieller Bezug.

Wendet man diese Kriterien nun auf den Amateursport bzw. die in dem zu besprechenden Urteil zur Debatte stehenden „Ausländerklauseln“ an, so ist kaum zu bestreiten, dass – wie auch das Gericht festhält – die Art und Weise der Freizeitgestaltung einen engen Bezug zum Aufenthalt aufweist und die erwähnten Klauseln letztlich die Möglichkeit in der Schweiz wohnhafter EU-Ausländer (die von ihrem im Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer, selbständig Erwerbende oder Personen ohne lukrative Tätigkeit Gebrauch gemacht haben), sich an bestimmten Wettkämpfen in der Leichtathletik unter denselben Voraussetzungen wie Schweizer zu beteiligen, beschränken. Damit wird ihnen eine zumindest für gewisse Ausländer attraktive Gestaltung ihrer Freizeit erschwert bzw.

<sup>13</sup> Vgl. ausführlich hierzu ASTRID EPINEY, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV – einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger, FS Roland Bieber, Baden-Baden u.a. 2007, 661 ff.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-413/99 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091. Dieses Urteil erging allerdings erst am 17.9.2002, also nach der Unterzeichnung des Abkommens.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (*d'Hoop*), Slg. 2002, I-6191.

<sup>16</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613.



bestimmten, im Vergleich zur Situation der Schweizer unattraktiveren Bedingungen unterworfen. Die Art und Weise der Freizeitgestaltung aber steht in engem Zusammenhang mit der Attraktivität des Aufenthalts in der Schweiz und damit mit der Wahrnehmung der erwähnten Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger, die durch das Abkommen garantiert sind. Damit entfaltet ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Teilnahme am sportlichen, kulturellen und gesellschaftlichen Leben unmittelbar Rückwirkungen auf die Effektivität der Freizügigkeitsrechte. An diesem Schluss ändert auch der Umstand, nichts, dass nur bestimmte Personen an dieser Möglichkeit der Freizeitbeschäftigung interessiert sind und die entsprechende Leistungsfähigkeit aufweisen, ist doch allein der grundsätzlich gegebene Zusammenhang mit der „Qualität des Aufenthalts“ ausschlaggebend.<sup>17</sup> Ebensowenig fällt es ins Gewicht, dass das Freizügigkeitsabkommen bzw. der EG-Vertrag die Frage der Teilnahmevoraussetzungen für Amateurleichtathletikwettkämpfe nicht regeln und der Gemeinschaft auch keine Kompetenz hierfür zukäme: Denn jedenfalls müssen sich die Mitgliedstaaten auch in den Politikbereichen, deren Regelung in ihrer Kompetenz liegt, an die primärrechtlichen Vorgaben halten, wie die Fallgestaltungen aus der Rechtsprechung des EuGH – die mitgliedstaatliche Regelungen aus verschiedenen Politikbereichen, die klar der Kompetenz der Mitgliedstaaten zuzuordnen sind, wie etwa Straf- und Zivilprozessrecht, Namensrecht oder Opferentschädigung – illustrieren.<sup>18</sup> Geht man aber von einer grundsätzlichen Parallelität der Auslegung von Art. 2 FZA mit Art. 12 EGV aus, so sind diese Grundsätze auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant mit der Folge, dass auch hier das Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA schon dann zu beachten ist, wenn die fragliche Regelung einen untrennbaren Zusammenhang mit der Wahrnehmung der durch das Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte aufweist, unabhängig davon, ob der materielle Regelungsbereich Politiken betrifft, die an sich nicht Regelungsgegenstand des Abkommens sind.

Diese Auslegung impliziert, dass Art. 2 FZA – ebenso wie Art. 12 EGV – (potentiell) ein sehr weiter Anwendungsbereich zukommt, weisen doch zahlreiche nationale Regelungen oder kollektive Bestimmungen einen Bezug zum Aufenthalt auf. Letztlich dürfte der hier vertretene Ansatz – der aus der Rechtsprechung des EuGH abgeleitet werden kann – aber zwingend aus der Logik der Gewährleistung der Freizügigkeit im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit folgen: Denn haben die Freizügigkeitsbegünstigten nämlich einmal von ihrem diesbezüglichen Recht Gebrauch gemacht und sich rechtmässig in einem anderen Vertragsstaat niedergelassen, geht das Anliegen des die Freizügigkeitsrechte flankierenden Art. 2 FZA eben dahin, dass die Begünstigten in allen mit ihrem Aufenthalt im Zusammenhang stehenden Belangen ebenso wie die eigenen Staatsangehörigen zu behandeln sind, würde doch ansonsten das Recht auf Freizügigkeit *ad absurdum* geführt.

Damit impliziert der Ansatz des Gerichts – dem zuzustimmen ist – nicht nur eine umfassende Anwendung des Diskriminierungsverbots im gesamten Bereich des Amateursports, sondern darüber hinaus in allen Bereichen, die in engem Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht stehen, so dass letztlich in Bezug auf in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Unionsbürger über die ausdrücklich im Abkommen gewährleisteten Rechte hinaus ein umfassendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit anzunehmen ist.

## 2. Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH

Das Gericht geht – wie erwähnt – von einem Grundsatz der Berücksichtigung auch der nach dem Datum der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH aus, wobei es die Formulierungen nahe legen, dass hiermit eine Rechtspflicht gemeint ist, die letztlich aus dem Anliegen des Abkommens, eine im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht parallele Rechtslage im Bereich der vom Abkommen erfassten Personenfreizügigkeit zu verwirklichen, gefolgert wird. Dieser Ansatz

<sup>17</sup> S. insoweit auch EuGH in der Rs. 186/87 (*Cowan*), Slg. 1989, 195: Hier erachtete der EuGH den Zugang zu einer staatlichen Entschädigung zur Wiedergutmachung von (u.a.) Touristen zugefügten Schäden als in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit stehend, so dass der Anwendungsbereich des Vertrages als eröffnet angesehen wurde.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, Rs. 293/83 (*Gravier*), Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. 186/87 (*Cowan*), Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. C-43/95 (*Data Delecta*), Slg. 1996, I-4661; EuGH, Rs. C-274/96 (*Bickel und Franz*), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-224/98 (*d'Hoop*), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-147/03 (*Kommission/Österreich*), Slg. 2005, I-5969; EuGH, Rs. C-65/03 (*Kommission/Belgien*), Slg. 2004, I-6427; EuGH, verb. Rs. C-92/92, C-326/92 (*Phil Collins*), Slg. 1993, I-5145; EuGH, Rs. C-456/02 (*Trojani*), Slg. 2004, 7573; EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613.

schliesst zwar nicht aus, dass gewisse neue Urteile bei der Anwendung des Abkommens nicht berücksichtigt werden; durch die Aufstellung einer „Vermutungswirkung“ jedoch – die widerlegbar ist (insbesondere in Fällen, in denen eine Rechtsprechungsentwicklung in keiner Weise voraussehbar war bzw. nicht an bisherige Entwicklungen anknüpfte oder im Abkommen selbst Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein bestimmtes Urteil nicht „übernommen“ werden kann – wird eine gewisse dogmatische Klarstellung in Bezug auf die Implikationen neuerer Urteile des EuGH erreicht. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht – das bislang in dieser Frage eher eine pragmatische Haltung in dem Sinn einnimmt, das es in einigen Fällen auf neue Urteile des Gerichtshofs bzw. Teile derselben zurückgreift, in anderen Fällen hingegen nicht, ohne dass erkennbar ist, nach welchen Kriterien die neuere Rechtsprechung nun massgeblich sein soll oder nicht<sup>19</sup> – diesem Ansatz folgen wird, was auch der Rechtssicherheit förderlich wäre.

### 3. *Zur Drittwirkung*

Das Gericht geht von einer Drittwirkung des Art. 2 FZA aus, dies soweit kollektive, durch Verbände getroffene Regelungen zur Debatte stehen. Dabei knüpft es im Wesentlichen an die Rechtsprechung des EuGH zu den Personenverkehrsfreiheiten an<sup>20</sup>; diese Frage wurde denn auch vom Gerichtshof für Art. 12 EGV noch nicht entschieden.<sup>21</sup> In der Sache überzeugt dieser Ansatz, da im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Bezug auf die Anwendbarkeit der Bestimmung auf kollektive Regelungen letztlich ähnliche Erwägungen relevant werden wie im Rahmen der Personenfreizügigkeitsrechte. Hinzuweisen ist aber darauf, dass damit für das Freizügigkeitsabkommen eine Frage entschieden wurde (Drittwirkung des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 2 FZA), die so noch nicht für die entsprechende Bestimmung des EG-Vertrages Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH war, dies insoweit parallel zur ausdrücklichen Bejahung der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Abkommens für den Bereich des Amateursports.

Noch nicht geklärt ist damit aber die Frage, ob und inwieweit auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens darüber hinaus zumindest gewisse Rechte auch umfassend Drittwirkung in dem Sinn entfalten, dass alle Privaten verpflichtet werden, wie dies der EuGH für die Arbeitnehmerfreizügigkeit zumindest für Diskriminierungen angenommen hat.<sup>22</sup> Immerhin ist hier anzumerken, dass diese Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des Abkommens erging und sich wohl kaum aus der bis dahin ergangenen Rechtsprechung ableiten liess. Zudem sprechen gewichtige Gründe – insbesondere die Beachtung der Privatautonomie – gegen eine solche weitreichende Drittwirkung der Grundfreiheiten und des allgemeinen Diskriminierungsverbots.

### 4. *Zur Rechtfertigung*

Nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen vermögen hingegen die Ausführungen des Gerichts zur Rechtfertigung, dies weniger in Bezug auf das Ergebnis, denn in Bezug auf die Begründung. Bedenklich erscheint insbesondere, dass das Gericht – letztlich ohne nähere Begründung – offenbar davon ausgeht, dass die Wahrung des „schweizerischen Charakters“ eines Sportwettkampfes eine mit dem spezifischen Charakter des Sportanlasses zusammenhängende Erwägung sei, die eine Diskriminierung grundsätzlich rechtfertigen könne. Zwar ist dem Gericht insoweit zuzustimmen, als auch Verbände sachliche Gründe zur Rechtfertigung geltend machen können; es bestehen jedoch erhebliche Zweifel daran, ob der „nationale Charakter“ eines Wettkampfes wirklich einen solchen sachlichen Grund darstellen kann: Denn einmal geht die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf Berufssportler davon aus, dass solche „sportlichen Bedürfnisse“ bei reinen Vereinswettkämpfen zu

<sup>19</sup> Vgl. etwa GE, 2A.475/2004, Urt. v. 25.5.2005.

<sup>20</sup> Insbesondere EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921.

<sup>21</sup> Vgl. den Überblick über die Problematik bei ASTRID EPINEY, Art. 12 EGV, in: CALLIERS/RUFFERT (Hrsg.), Kommentar zu EU-/EG-Vertrag, 3. A., München 2007, Rn. 19, 26; VINCENT MARTENET/VÉRONIQUE BOILLET, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: EPINEY/CIVITELLA (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2007/2008, Bern/Zürich 2008, 311, 316 ff.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4161.

verneinen sind;<sup>23</sup> die schweizerischen Leichtathletikmeisterschaften sind aber letztlich auch solche Vereinswettkämpfe. Es ist erstaunlich, dass das Gericht diese Frage nicht näher problematisiert, denn in Bezug auf diesen Punkt ist die Situation letztlich parallel wie im Rahmen des Berufssports gelagert. Zum anderen und vor allem aber führt eine solche Argumentation letztlich dazu, dass in der Schweiz wohnhafte EU-Ausländer – die ggf. schon lange im Inland wohnen – nicht als „vollwertige Klubmitglieder“ zählen, können sie doch nicht an den „schweizerischen“ Meisterschaften teilnehmen. Damit aber wird deutlich, dass die Rechtfertigung einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit durch den „nationalen“ Charakter einer Meisterschaft letztlich zirkulär ist, wird als Grund für die Diskriminierung doch die unterschiedliche Staatsangehörigkeit angeführt. Art. 2 FZA aber geht gerade davon aus, dass die EU-Ausländer in der Schweiz (und umgekehrt Schweizer in der EU) in Bezug auf alle mit dem Aufenthalt in Zusammenhang stehende Konstellationen wie Inländer behandelt werden. Dies impliziert dann eben für schweizerische Meisterschaften, dass in der Schweiz wohnhafte EU-Ausländer als vollwertige Klubmitglieder angesehen werden müssen. Damit ist nach der hier vertretenen Ansicht in Bezug auf in der Schweiz wohnhafte Ausländer kein Rechtfertigungsgrund für „Ausländerklauseln“ ersichtlich. Dies impliziert auch, dass Ausländerklauseln, die die Zahl von Ausländern für Vereinswettkämpfe auf die Hälfte der teilnehmenden Athleten beschränken, grundsätzlich nicht zulässig wären.

Der Vollständigkeit halber sei jedoch darauf hingewiesen, dass eine Rechtfertigung anders ausgestalteter Beschränkungen des Einsatzes von Athleten an bestimmten Wettkämpfen durch das Anliegen, diese nicht durch eine „künstliche Aufstockung“ der Vereine durch *de facto* nicht im Verein aktive Athleten zu verfälschen, in Betracht kommt: Vorstellen könnte man sich hier etwa Klauseln, die an den Wohnsitz der Athleten in der Schweiz anknüpfen, nicht hingegen an die Nationalität im formellen Sinn.

## 5. Zu weiteren möglichen Konstellationen im Amateursport

Das hier besprochene Urteil klärt die Einschlägigkeit des Art. 2 FZA für die Zulässigkeit von Ausländerklauseln im Amateursport in Bezug auf in der Schweiz wohnhafte EU-Ausländer (seien dies nun Erwerbstätige, nicht Erwerbstätige oder Studierende), wobei der Aufenthalt in der Schweiz jedenfalls rechtmässig sein muss.

Noch nicht geklärt ist damit aber die Einschlägigkeit des Abkommens für eine Reihe weiterer Situationen bzw. die Zulässigkeit von Ausländerklauseln im Amateursport für EU-Ausländer, die nicht in der Schweiz wohnhaft sind<sup>24</sup>:

- Zunächst fragt es sich, wie die Situation bei Grenzgängern zu beurteilen ist, also bei Unionsbürgern, die im EU-Ausland wohnen, jedoch in der Schweiz arbeiten und dort etwa in einem Sportverein aktiv sind. Hier sprechen die besseren Gründe wohl ebenfalls für die grundsätzliche Einschlägigkeit des Art. 2 FZA in Bezug auf sich auf diese Personenkategorie beziehende Ausländerklauseln: Zwar ist hier kein Wohnsitz in der Schweiz begründet worden, so dass es schwerfallen könnte, die Verbindung zum Aufenthalt in der Schweiz herzustellen. Zu beachten ist jedoch, dass das Abkommen jedenfalls grundsätzlich anwendbar ist, da es Grenzgängern eine Reihe von Rechten einräumt. Daher können sich diese Personen grundsätzlich auf die ihnen durch das Abkommen eingeräumten Rechte, unter Einschluss des Art. 2 FZA, berufen. Wenn sie nun am Arbeitsplatz auch noch Mitglied eines Sportvereins werden und in diesem aktiv sind, dürfte der für die Heranziehung des Art. 2 FZA vorausgesetzte Bezug zur Wahrnehmung eines im Abkommen gewährten Rechts vorliegen. Jedenfalls wäre das Vorliegen eines solchen Bezugs aber jeweils im Einzelnen zu prüfen.
- Falls im EU-Ausland wohnhafte EU-Ausländer von einem schweizerischen Klub nur punktuell für einen Wettkampf in ihr Team aufgenommen werden, ist Art. 2 FZA grundsätzlich nicht einschlägig, da diese Personen nicht von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, indem sie in der Schweiz wohnhaft sind. Dies gilt jedoch nur für den Bereich des reinen Amateursports. Soweit ein Athlet hingegen für seinen Einsatz ein Entgelt erhält, ist grundsätzlich die durch das Abkommen ebenfalls gewährleistete (aktive) Dienstleistungsfreiheit einschlägig, auf die sich der Athlet und „sein“ Klub dann berufen könnten. Hier käme allerdings eine

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921.

<sup>24</sup> Die Zulässigkeit von Ausländerklauseln für Drittausländer wird durch das Abkommen nicht berührt, da es lediglich Unionsbürger (und Schweizer) berechtigt.

Rechtfertigung im Hinblick auf die Nichtverfälschung der Amateurmeisterschaften durch „eingekaufte“ Athleten in Betracht.<sup>25</sup>

- Schliesslich dürfte das Abkommen auf Personen, die im grenznahen EU-Ausland wohnen, jedoch in einem schweizerischen Klub aktiv sind, keine Anwendung finden (immer soweit es um den reinen Amateurbereich geht, da ansonsten die bereits erwähnte Dienstleistungsfreiheit oder ggf. die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Zuge kämen): Denn in einer solchen Konstellation hat die betreffende Person von ihren Freiheiten keinen Gebrauch gemacht, so dass das Freizügigkeitsabkommen von Vornherein mangels eines grenzüberschreitenden Bezugs keine Anwendung finden dürfte.

#### IV. Schluss

Das hier besprochene Urteil illustriert einmal mehr die kaum zu überschätzende Bedeutung des Personenfreizügigkeitsabkommens auch in Bereichen, die man mit diesem auf den ersten Blick nicht in Verbindung brächte. Es legt nicht nur nahe, dass die Sportverbände ihre internen Reglemente im Hinblick auf die Vermeidung abkommenswidriger Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit überprüfen; vielmehr ist zu vermuten, dass es noch zahlreiche weitere Verbandsregelungen oder auch kantonale Regelungen gibt, die (direkte oder indirekte) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthalten und vor dem Hintergrund der in dem besprochenen Urteil verdeutlichten Tragweite des Art. 2 FZA zumindest auf ihre Rechtfertigung überprüft werden sollten.

Weiter verdeutlicht das Urteil auch die zentrale Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, so dass es – ob man jetzt von einer grundsätzlichen Massgeblichkeit auch nach der Unterzeichnung ergangener Urteile des EuGH ausgeht oder diese nur fallweise berücksichtigen will – für den Rechtsanwender unabdinglich ist, diese Rechtsprechung intensiv zu verfolgen und auf ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens zu hinterfragen.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> S. vorne III.4.

<sup>26</sup> S. insoweit die jährlichen Übersichten über die Rechtsprechung des EuGH zum freien Personenverkehr und ihre Würdigung auch im Hinblick auf ihre Relevanz für das Personenfreizügigkeitsabkommen im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht (seit 2003). S. zuletzt ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, Bern/Zürich 2007, 101 ff.; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Bern/Zürich 2007/2008 (im Erscheinen).